

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

最高裁「判例評釈」の方法論に関する覚書(1)最判 評釈よみに与ふる書：『民法研究ハンドブック』 「補論」への謝辞を伴う一考察

著者	和田 幹彦
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	113
号	4
ページ	136(53)-128(61)
発行年	2016-03-15
URL	http://hdl.handle.net/10114/12963

最高裁「判例評釈」の方法論に関する覚書(1)

——最高裁判評釈よみに与ふる書：『民法研究ハンドブック』^(a)「補論」への謝辞を伴う一考察——

和田 幹 彦

- 1) はじめに：謝辞 ——本拙文の「覚書」たる性格、若干の私事、執筆の契機——
 - 2) 本「覚書」の結論と課題の限定
 - 3) 「最高裁民事判例」の「判例評釈」方法論についての根本的前提
——「評釈」なかんづく「批評」とは何か——（以上本号；以下の目次は予定）
 - 4) 最高裁民事判例の判例評釈が複数の〈最終目的〉を持ちうる根拠とその1例
 - 5) 大村敦志ほか著『民法研究ハンドブック』（有斐閣，2000年）への一考察
——「補論 判例評釈の書き方」について——
 - 5-1) 『ハンドブック』「補論」の筆者・和田の理解による概要
 - 5-2) 筆者・和田による『ハンドブック』「補論」の受容と考察
——「先例規範の抽出」は重要だが「判例評釈」の〈唯一の使命〉ではない——
 - 5-2-1) 『ハンドブック』「補論」中の「法律家共同体」の理解とその矛盾？
 - 5-2-2) 末弘博士が設定した東京大学「判民」の使命の妥当性とその限界？
——「判例」とは何か、についての〈末弘説〉と〈梅説〉——
 - 5-2-3) 「補論」がその判例評釈方法論を〈唯一〉と主張する検証とその誤り？
 - 5-2-4) 『ハンドブック』「補論」の判例評釈方法論がはらむ種々の問題点？
 - 6) 結語
- 補遺

本拙文末尾の「補遺」の詳細に加えて、大学紀要というこの媒体には馴染まないが、本拙文の読者にはご関心を持つ向きもあるかと思われる諸情報、他の学問などの分野からの重要な示唆、本拙文執筆に至ったエピソードなどを、本文中に（a）（b）（c）…と記した「ウェブ注」という形式を採って、<http://www.i.hosei.ac.jp/~mwada/Shirin/Memorandum.htm> にアップロードしておいた。「補遺」の関連部分以外は、あくまでご興味とお時間のある読者にのみご一読いただければ幸いである。

1) はじめに：謝辞

——本拙文の「覚書」たる性格，若干の私事，執筆の契機——

本拙文は「覚書」⁽¹⁾である。その性格上，冒頭で若干の私事に言及し，「東京大学民事法判例研究会」（「判民」と略させていただく）と，大村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三著『民法研究ハンドブック』（有斐閣，2000年；以下『ハンドブック』と略称）の著者の先生方に感謝を申し上げたい。その経緯を簡潔に記しておく。

まず、『ハンドブック』は民法学研究のためにも，「補論 判例評釈の書き方」の指南においても，学界に貢献するところが極めて大きいことは言を待たない。一法学徒の私としても感謝したい。こうした「ハンドブック」は2000年まで無かった。特に，同書が読者と想定している大学院生・助手・助教にとって必要であり，極めて有益である。

次に，1995年9月，東京大学大学院附属比較法政国際センター（当時）の講師であった私は，法政大学法学部に民法，特に親族法・相続法担当の助教授として迎え入れていただくことになった。その契機は，現行民法の親族編・相続編の成立に関わる拙論⁽²⁾の草稿への評価であった。しかしこの草稿は，民法解釈学の論文ではなかった。そこで当時，同大学院の研究会である判民を指導されていた，今は亡き平井宜雄教授を含む先生方のご配慮で，私にも文字どおりこの研究会の末席を汚すことが許された。これには感謝の言葉もない。また，当時から同研究会の熱心なメンバーであられ，その後2000年に『ハンドブック』を著されたお2人の教授には（ご本人方のご了承があるわけではないのでお名前は伏せるが），私は個人的にも折に触れ，励ましのお言葉をいただき，さらには判例研究の方法論について具体的に貴重なご教示を賜った。お2人の先生方にはこの場を借りて，心から感謝申し上げたい⁽³⁾。

こうして1995年秋から，事情があって同研究会への定期的出席がかなわなくなった2000年までの5年間，私は多くを学ばせていただいた。それでも民法研究の実力が今だに伴わないのは，ひとえに私の努力不足である。そうした私にも，民法学界で民法解釈学，そして民法判例評釈の機会を与えていただくことがあった^{(4)(b)}。

そうして今般新たに，『判例時報』誌に付属する『判例評論』に，最判平26・1・14第（民集68巻1号1頁）の判例評釈を執筆する機会に恵まれた⁽⁵⁾。判民では私の当該評釈脱稿前に，この最判が取り上げられた。私もこの時ばかりは再び出席させていただいた。その際に口頭報告をされたのは，家族法がご専門の高名な教授であられ，家族法の授業と拙い

研究を法政大学で担当する若輩の私に、やはり常々、貴重なご助言を下さった方である。この時の判民でも、当該判例評釈についてご教示を賜った。この場を借りて感謝申し上げる。この研究会には『ハンドブック』著者の複数の先生もご出席になっておられ、当該最判の『判例批評』を執筆予定であった私に、再び判例評釈方法論について、貴重なご助言を賜った。改めて深謝したい。

ところで同研究会で拝聴させていただいた議論を踏まえてなお、『判例評論』の拙稿執筆にあたって、私は「自分がこの最判について是非とも『評釈』したい内容」と、後述のとおり同研究会が末弘厳太郎博士による創設以来、脈々と受け継いできた「判例」理解に基づく評釈の方法論との間に、大きなギャップを感じた。違和感と言っても良い。そこで再度、『ハンドブック』「補論 判例評釈の書き方」（305-345 頁）を熟読させていただいた。そして改めて、「私が評釈したいこと」のほぼすべてが、『ハンドブック』「補論」が指導する「判例評釈」の方法論に、見事なまでに違背していることを思い知った。これを十二分に自覚しつつも、熟考の末、私はそれでも今回は「私が評釈したいこと」を優先する決断をした。そうして評釈の拙稿を公刊した。その限りで、『ハンドブック』の共著者で、特に判例評釈方法論を私に繰り返しご教示くださったお1人の教授には、「恩を仇で返す」形になってしまった。同教授には、直接ひと言お詫びも申し上げた。しかしそれでも、私は研究者として良心の呵責を感じていた。

そこで『判例評論』の拙稿には、以下を記しておいた：

一 はじめに

本拙稿は、通例のいわゆる「判例評釈」を意図しない。第1の理由はこの伝統ある本誌は「判例評論」であり、「評釈」のうち特に「評論」を求められていると筆者が理解するからである。第2の理由は、比較的多くの（民法）研究者が共有しているかにみえる「判例評釈」の方法論に、筆者が疑問を抱くからである。しかし後者については別稿を期す。⁽⁴⁾本拙稿は、筆者の信じる「判例評釈の方法論の一例」（むしろ絶対的ではない）に基づいて執筆することをはじめにお断りしておく。

そしてこの注（4）に該当する注釈として、以下を述べた：

（4）現時点では、『法学志林』113号1～4巻（2015～2016年）のいずれかに、拙稿「いわゆる判例『評釈』の方法論についての覚書」（仮題）を公刊する予定で

ある。ご関心のある読者は、その時点で検索してご高覧賜れば幸いである。

ここに予告した「覚書」が本拙文である。お詫びを申し上げた前述の先生を始めとし、『ハンドブック』の4著者の先生方に対しては、本「覚書」は〈十分な説得力〉を持たないであろうことも自覚している。にもかかわらず、本拙文をここに著す背景を簡潔に述べさせていだきたい。

『ハンドブック』の共著者の先生方は、「補論」で判例評釈の目的は、「先例規範を抽出」^{(6)(c)} (308頁) することであると強調なさっておられる。私はこれを判例評釈の〈最終目的 (final goal)〉〈または〈使命〉?〉の提唱だと理解している。同書では論理必然的に、評釈の方法論は「先例規範の抽出の方法」論となる。私はこれを判例評釈の〈最終目的〉のうち最も重要な1つとして、いったんは全面的に受け容れる。『ハンドブック』の判例評釈・判例研究の学問史への言及も含めての叙述 (同書 306-317頁を参照) も、これが〈最終目的〉の「最も重要な1つ」である根拠付けとしては、必要十分であり、きわめて説得的だからである。しかし5) に詳述するが、この方法論があたかも〈唯一適切で、正しく、正統な方法論かつ最終目的〉であるかのような、同書中の理解・主張あるいは指導に対しては、前述のとおり、若干の違和感を抱かざるをえなかった^(d)。そしてその違和感の根拠については本拙文で、一法学徒として最低限必要な調査・探究を行ったつもりである。『ハンドブック』中の判例評釈方法論には、上述のとおり、遅くとも「大正十年」(1921年) に始まる、長年にわたる学問史の裏付けがあることは、私も十分理解している (簡略ながら5-2-2参照)。それゆえその方法論を受け容れた上で、若干の付言・考察・批判をさせていただくことを愚考した次第である。

『ハンドブック』の共著者であられる先生方には、以上の私事と背景をご理解の上、以下をご一読いただき、やや硬い文体でしたためのこの「暴挙」をご海容いただけるならば、私としてはこれに勝る幸せはない。また特に民法研究者の先生方におかれても、同様に本拙文の趣旨をご理解頂ければ幸甚である。

2) 本「覚書」の結論と課題の限定

一三三

本「覚書」の結論を明言しておく。その方が読者に「親切」^(e)であろう。

重要な最判に対して、法学徒が法学的論理性を以て最高裁の結論に反対 (あるいは賛成) である時に、反対 (賛成) を表明する研究者としての使命を、執筆するジャンルが

「判例評釈」だからといって放棄して良いのだろうか？『ハンドブック』共同著者である1人の先生は、私に対して個人的に、〈最判への賛否の表明は、判例評釈の使命ではない。⁽¹⁰⁾賛否は、論文という形式で書くべきである。〉という趣旨をご教示してくださった（同書314頁も参照）。それも一つの立派な見識であり、感謝している。しかし、私は、以下の理由からこの見識を〈全面的には〉受け容れない。第1に、3) 4) 5) で述べる根拠的理由から、「判例評釈の使命」は複数ありうるし、賛否の表明もその「使命」の1つたりうる。第2に、1件の最判への賛否表明のためのみに1本の論文を書くのは費用対効果の観点から、非現実的な場合が多い。『ハンドブック』も言及する「しばしば見られる『〇〇判決を契機として』という副題を付した論文 […] のタイプ」（314頁）である論文は確かに可能である。しかし、賛否を含む意見表明と討論の場・機会（platform）から、判例評釈を除外すべき絶対的理由は無い。「判例評釈」という機会での賛否表明は、まさにその1件の判例に関する「評釈」であるがゆえに、適切と考える。（以上につき、3) 4) 5) を参照。）第3に、これは『ハンドブック』が提唱するところでは決してないが：「判例評釈」で〈研究者は最判に賛否を表明してはならない〉という一般的規律を、（東京大学の判民以外でも）例外をほぼ除外して学界に設定し、それを自分以外のすべての（民法）研究者にも事実上強請しかねない研究者が仮にいれば、彼女ら・彼らは他の研究者たちに〈最判の判例評釈という営為においては、最判に反対を唱えるな。〉と強請することになる。これは私個人にとっては〈最判の判例評釈では御用学者に墮せ〉と言われるに等しく、到底受け容れがたい。以上の理由で、判例評釈では最判に賛否を唱えること「も」許容されることを、本拙文で論証を試みたい。

そして「判例評釈」の方法論と内容は、「判例」（5-2-2）参照）の「評釈」（3）参照）という範疇の中であれば、自由たるべきである。仮に評釈者が、『ハンドブック』『補論判例評釈の書き方』（305-343頁）が指導するように、末弘厳太郎博士が始めた「判例研究」の伝統に積極的に従うならば、（判民の判例評釈の成果発表の場『法学協会雑誌』の〈判例研究〉以外では）執筆した判例評釈に、例えば「事実と判決の対応から法規範を抽出する試み」という副題を付ければ良い。判例評釈は適切な範疇内では自由なのだから、自己限定するならばこうした副題を付けるべきである。そうした評釈の方法論者は、その伝統に従わない評釈者にくだんの伝統を強要する必要も権利もまったく無い。そして評釈者が末弘博士の伝統に従わず、例えば最判の判旨への自らの賛否を「評釈」で明示したいならば、副題に例えば「最判によるより良き『法規範』の形成を目指して」と付せば良い。三三（以上すべて、以下の本文で論証を試みる。）

本拙文は「論文」のごとき学術的論考ではない。単なる「覚書」に過ぎない。「注」が

本拙文を「論文」にするわけではない。にもかかわらず、「法学徒」である私には、本拙文を執筆する次の理由がある。『ハンドブック』「補論」は、そこで説く判例評釈の方法論とそれに依る執筆が、あたかも〈唯一適切で、正しく、正統な方法論かつ最終目的〉だと主張するかのように見えながらも（5-2-3 参照）、その論証には成功していない（5-2-1, 5-2-2, 5-2-3 参照）。そして『ハンドブック』中の評釈方法論を以てなお、「判例評釈」の〈最終目的〉は複数が並立する余地が存在するからだ。

「覚書」ゆえに、本拙文には随所に「雑駁さ」が伴うことをお許し願いたい。さて、『ハンドブック』「補論」について、私の雑駁な総体的印象を述べよう。『ハンドブック』が「あとがき」で述べるように、「伝統を批判的に継承」する（348頁）^(g)ためには、本書の類は必須である。しかし「あとがき」は本書が「一つの通過点に過ぎない」「私たちも、この先に進みます」（同頁）と明言する。けだし名言である。ならばその「通過点」を私は、あえて次のように把握してみたい。『ハンドブック』はプラス・マイナス両面で、〈末弘博士の呪縛〉から逃れておらず、自由でない。5-2-2)に後述のとおり、『ハンドブック』は、判例評釈における〈末弘説〉が現在では〈通説〉となっていることを十二分に論証したのであるから（これがプラス面）、「通過点」としてそこで止まるべきであった。5-2-3)での検証のとおり、〈末弘説〉に依拠する判例研究と判例評釈執筆の方法が、あたかも〈唯一適切で、正しく、正統な方法論〉であるかのように、弁護・主張しようとする同書中に散見される営為（これがマイナス面）は、2000年の執筆段階ですでに必要ではないし、今「この先」もこうした営為からは自由になって良いのである。

なお、この「覚書」では、民事訴訟法・商法（後に「会社法」となった部分を含む旧称；以下同様）を除き、「民法」が主な争点である最高裁民事判例の「評釈」に課題を限定する。その理由は、本書が主たる題材として扱う書が、『民法研究ハンドブック』というタイトル・内容であり、その「補論」も主として民法に関わる最判の「判例評釈の書き方」を扱うからである。^(h)さらに最判に限定するのは、最判と下級審では判例評釈の意味が異なるからである。往時の「大審院」判例と最判は「法規範」を「創造」⁽¹¹⁾する。それに対して下級審の判決は、特に上告されて最高裁が判決を下す場合には、基本的に「法規範」を「創造」⁽ⁱ⁾したとは考えられない。この点も、本来は詳論を要するが、本拙文の課題からは割愛する。⁽¹²⁾

3) 「最高裁民事判例」の「判例評釈」方法論についての根本的前提 ——「評釈」なかんづく「批評」とは何か——

本項目では、最高裁民事判例の判例評釈を執筆する時の方法論について、根本的前提となるべき諸点について述べる。「判例評釈」とは、「判例」の「評釈」である。本項では、まず「評釈」とは何かに焦点を絞って論じる。（同時に本質的に問題となる、「判例」とは何か、については5-2-2）に詳論する。）本項ではいわば「ゼロ地点」に立ち返ってこの「前提」を考察する。そして『ハンドブック』に示された「末弘博士の『判例』研究の方法」の下での「判例評釈には一定の意義ないし目的があることが、共通の了解とされている」（同書、306頁）ことには、5）以後で言及する。以上を前提に、最高裁民事判例に限定はするが、まず判例「評釈」とは何であるのか、さらに〈何でありうるのか〉を検討する。

「評釈」とはそもそも何であるのか。国語辞典の類を引くと、「評釈」という言葉の始まりは不思議なことに「詩歌」に重点がある。『広辞苑』⁽¹³⁾に拠れば、「文章・詩歌を批評し、かつ解釈すること。また、そのもの。」であり、例文として「古今集を評釈する」が掲げられている。『デジタル大辞泉』も、ほぼ同趣旨である。『日本国語大辞典』に拠れば、「評釈」とは「詩歌や文章などに批評と解釈を加えること。また、その批評・解釈。」⁽¹⁴⁾である。では「批評」とは何か。判例「評釈」にはその「解釈」もあることは論を待たない。残された課題は「批評」である。再び『広辞苑』に立ち戻ろう。「批評」とは「物事の善悪・美醜・是非などについて評価し論じること。」であり、例文・フレーズとして「作品を批評する」「文芸批評」が挙げられている（第4版、1995年）。『デジタル大辞泉』は、以下のようにさらに詳しい：

物事の是非・善悪・正邪などを指摘して、自分の評価を述べること。「論文を批評する」「印象批評」

〔用法〕批評・批判——「映画の批評（批判）をする」のように、事物の価値を判断し論じることでは、両語とも用いられる。◇「批評」は良い点も悪い点も同じように指摘し、客観的に論じること。「習作を友人に批評してもらう」「文芸批評」「批評眼」◇「批判」は本来、検討してよしあしを判定することで「識者の批判を仰ぎたい」のように用いるが、現在では、よくないと思う点をとりあげて

否定的な評価をする際に使われることが多い。「徹底的に批判し、追及する」「批判的となる」「自己批判」

『日本国語大辞典』に拠れば、「批評」とは、「事物の善悪・是非・美醜などを評価し論じること。長所・短所などを指摘して価値を決めること。批判。」と、「批判」との詳細な区別は述べられていない。(以上2つの辞典につき、典拠は注(14)と同じ。)

以上から、「批評」とは何か。『広辞苑』に拠れば「物事の善悪・美醜・是非などについて評価し論じること」である。これに『デジタル大辞泉』を重ね合わせると、「良い点も悪い点も同じように指摘し、客観的に論じること」に重点があり、それに対して「批判」は「現在では、よくないと思う点をとりあげて否定的な評価をする際に使われることが多い」として区別して用いられるべき用語である。そうすると、「批評」とは、おおむね以下のように理解できであろう——〈物事や事物の善悪・美醜・是非・正邪などについて、長所・短所の双方を指摘して評価し、客観的に論じること。[以上を α とする。] 場合により、自分の評価を述べること。さらには、価値を決めることも含む。〉

議論を先取りするが、5)で論ずる『ハンドブック』中の議論と対比すると、「批評」とは日本語上、 α が共通理解である。この〈 〉内を「批評」の定義としておく。「評釈」とは「解釈」と同時に、この「批評」を行うことを意味する。これを「評釈」とは何か、⁽¹⁵⁾の「ゼロ地点」として、以下の議論を進めていきたい。

(続く)

- (1) 「覚書」という形式が法学研究の場で、「論文」や「判例評釈」と同様に成立しているかどうかは定かではない。お断りしたいのは、本拙文は例えば平井宜雄『法律学基礎論覚書』『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989年と1991年)のような「論文」に匹敵する立派な「覚書」ではない。あくまで「覚書」の原義のように、「記憶のために書いて置く文書。メモ。」に過ぎない(『広辞苑』第4版、1995年；旧版に拠るのは平井博士の『「…」覚書』の刊行年に近いため)。
- (2) 後に、拙著『家制度の廃止』信山社、2010年として結実し、公刊した。
- (3) にもかかわらず、私が民法研究者として文字どおり浅学非才であるのは、ひとえに私・本人の責任である。
- (4) 文字どおりの拙稿を挙げる：島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール(別冊法学セミナー)相続第4版』日本評論社、2002年の中の和田幹彦・執筆、114-144頁(民法915-940条の註釈)。同2者編『同第5版』同社、2007年の中の同・執筆、107-138頁(同条文註釈；大幅に加筆修正)。判例評釈は「週刊誌の独自取材記事と名誉毀損——『傷だらけの英雄』事件」(東京地判昭60・1・29)『メディア判例百選』有斐閣、2005年、64-65頁、「〈判例研究〉精子提供者の死後に体外受精・出生した子の認知請求控訴事件」(東京高判平18・2・1)『季刊 教育法』152号、エイデ

- ル研究所，2007年3月刊，70-73頁。
- (5) 拙稿「認知者は，民法786条に規定する利害関係人に当たり，認知者が血縁上の父子関係がないことを知りながら認知した場合においても認知の無効を主張することができるか（積極）」『判例評論』673号（『判例時報』2244号；2015年3月1日），150-156頁。
- (6) もちろん，同書はこの短いフレーズのみが「判例評釈の目的」を必要十分に説明している，とは主張していない。「先例規範の抽出」の長年にわたる深い学問的背景としては，少なくとも同書306-307頁が詳述する，末弘厳太郎博士が主唱した「判例研究」の方法論がある。本拙文では，『ハンドブック』における「先例規範の抽出」はこうした学問的背景に裏打ちされたフレーズであることを前提にした用語法である，という私の理解を前提にさせていただく。
- (7) そもそも，「目次」xiii頁で，「補論」の項目「4」から「7」までが，「先例規範の抽出の方法」「その1」から「その4」としてずらりと並んでいるのが，視覚的に訴える。そして内容的にも，この「4」から「7」までに324-339頁と16頁分が割かれて，この方法論が詳述されている。
- (8) 本拙文による『ハンドブック』「補論」への「批判者としての資格」は，私には無い。緻密な調査・探究の上，批判をするならば，公刊された『法学協会雑誌』掲載の〈判例研究〉を全て読み，「読んだその時期について（のみ）」批判すべきである。それをやる能力（と時間的余裕）は，私には皆無であることを認める。
- (9) 『ハンドブック』の書評には，椿寿夫「『民法研究ハンドブック』を読む」『書斎の窓』498号（2000年10月号），20-23頁，61-81頁，鎌田薫「Bookshelf 民法研究ハンドブック」『法学教室』241号（2000年10月号），37頁，星野豊「『民法研究ハンドブック』批判」『筑波法政』35号（2003年9月）がある。しかしいずれにも，『ハンドブック』の重要な「補論」への言及も賛否も無いのは，不思議かつ意外である。
- (10) 『ハンドブック』308頁に拠れば，「判旨の述べる抽象論・一般論 […]」の当否を批判する「民商型」を「末弘〔厳太郎〕博士」は「批判し」た，とする。さらに，同書341頁は「判旨の評価といっても，賛成・反対という意味ではない。」として「判例評釈」に賛否を記すことを読者に事実上禁ずる。そして343頁は「独立に判旨の結論自体の妥当性を論じる」ことには，留保を付しながらも「あまり意味のあることではないかもしれない。」と述べる。
- (11) 末弘厳太郎「五 判例の法源性と判例の研究」『末弘著作集 II 民法雑記帳上巻』日本評論社，（1953年第1版）1980年（第2版），29-40頁のうち，39頁。（『ハンドブック』307頁にも所引。なお同書306頁に拠れば，末弘の同作の初出は『法律時報』13巻2-3号，1931年。）
- (12) なお，下級審判決の研究上の扱い方については，『ハンドブック』140-150頁に詳しく述べられている。さらに同書「補論」でも「下級審判決には通常は先例規範としての価値が認められないと考えれば […]」（314頁）と記されている。
- (13) 第4版，1995年。あえて旧版に拠るのは，注（1）の『広辞苑』と同様に，『ハンドブック』の刊行年である2000年に近いからである。
- (14) 後者の2点の辞典については，オンラインデータベース「JapanKnowledge」に拠った。アクセスは2015年11月19日。
- (15) 「解釈」とは何か，は紙幅の制限もあり割愛する。「判例評釈」には「解釈」が含まれるという共通理解を前提とするがゆえである。